



Recurso nº 058/2010

Resolución nº 21/2011

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 9 de febrero de 2011

VISTO el recurso interpuesto por Don M. C. M. en representación de INTERLUN, SL contra el Anexo I del modelo de pliego de cláusulas administrativas particulares, para la contratación de servicios a adjudicar por el procedimiento abierto, que ha de regir el contrato para la prestación del servicio de gestión de determinados residuos tanto peligrosos como no peligrosos generados en el Laboratorio Central de Veterinaria del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino de Algete, el Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Junta de Contratación de los servicios comunes y de la Secretaría General del Mar, convocó mediante anuncio enviado al Diario Oficial de la Unión Europea y publicado en el Boletín Oficial del Estado, respectivamente, los días 5 y 27 de noviembre de 2010, licitación para adjudicar por procedimiento abierto el contrato para la prestación del "Servicio de gestión de determinados residuos tanto peligrosos como no peligrosos generados en el Laboratorio Central de Veterinaria del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino de Algete", estableciéndose como fecha límite de presentación de las ofertas el 30 de diciembre de 2010.

Segundo. Mediante escrito presentado el día 1 de diciembre de 2010, ante el Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, la representación de INTERLUN, SL ha interpuesto recurso, contra el Anexo I del modelo de pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato de servicios antes citado, en el que tras alegar lo que

consideró conveniente a su derecho, solicitaba que se modifiquen y aclaren los puntos del Anexo I del modelo de pliego C) 3.1.2 y F) 6.1.A) b), referidos, respectivamente, al importe de IVA aplicable y a la documentación acreditativa de la solvencia, debiendo elaborarse y publicarse un nuevo pliego que respete los principios generales del derecho y la legislación vigente aplicable.

Tercero. La Secretaría del Tribunal, dio traslado del recurso a CESPA GESTIÓN DE RESIDUOS, SA, única empresa que había participado en la licitación de referencia, otorgándole un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaba oportuno, formulase alegaciones.

La representación de CESPA GESTIÓN DE RESIDUOS, SA alegó cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó oportunos, terminando con la solicitud de que se acuerde la continuación del procedimiento de adjudicación en base a los pliegos publicados, al haber presentado INTERLUN, SL el recurso especial fuera de plazo y ser los pliegos conformes a derecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Teniendo en cuenta que el acto recurrido es el pliego de cláusulas administrativas particulares referido a un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, debe considerarse que el recurso ha sido interpuesto contra acto recurrible de conformidad con lo establecido en el artículo 310 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Segundo. Asimismo y de conformidad con lo establecido en el artículo 311 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, corresponde la competencia para resolver el citado recurso al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Tercero. La legitimación activa de la parte recurrente viene otorgada por aplicación del artículo 312 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, e igualmente se cumplen las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 314 de la citada Ley.

Cuarto. El recurso se interpone contra los apartados C) 3.1.2 y F) 6.1.A) b) del Anexo I del modelo de pliego de cláusulas administrativas particulares, en cuanto que vulnera los

principios fundamentales del derecho, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la Ley de Contratos del Sector Público y asimismo vulnera la libre competencia. El primero de los apartados del pliego, C) 3.1.2, se refiere al importe de IVA aplicable, que según alega el recurrente el tipo de IVA que figura en dicho apartado es el 18%, cuando en realidad el que se debe aplicar es el 8%. En segundo lugar el recurrente alega que el tercer párrafo del punto F) 6.1.A) b) del Anexo I del pliego, en el cual se señala que *“Con el fin de dar cumplimiento a la Ley de Residuos de la Comunidad de Madrid, la empresa deberá tener ubicada la planta de gestión de residuos en la Comunidad de Madrid”*, no cumple la legislación vigente, en concreto la Ley 5/2003 de Residuos de la Comunidad de Madrid, artículos 25.5 y 42.3, según los cuales las limitaciones que ambos artículos hacen para el traslado de residuos fuera de la Comunidad Autónoma de Madrid, es exclusivo para residuos valorizables, que no es el caso de este procedimiento, ya que los mismos son sometidos a un proceso de esterilización y por tanto, no valorizables.

En su informe el órgano de contratación, mediante escrito firmado por la Coordinadora General de Laboratorios del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, reconoce, por un lado, que el tipo de IVA aplicable debe ser el 8%, y por otro, que debe eliminarse el párrafo antes citado, puesto que los residuos no van a ser valorizados y no puede exigirse la ubicación de la planta en la Comunidad de Madrid.

Por su parte, CESPA GESTIÓN DE RESIDUOS, SA, única empresa licitadora en el expediente de referencia, alega, en síntesis, que el recurso ha sido interpuesto fuera de plazo, que asimismo contiene afirmaciones sin ningún tipo de fundamento jurídico, y termina diciendo, por un lado, que dentro de los residuos a gestionar se incluyen residuos valorizables, y por otro, que la Administración goza de discrecionalidad a los efectos de establecer aquellos requisitos que considere más convenientes y así elegir al mejor potencial contratista y la oferta más ventajosa, citando diversas sentencias del Tribunal Supremo.

Quinto. Visto lo anterior, ninguna consideración debe hacerse respecto al tipo aplicable de IVA, habida cuenta de que el propio órgano de contratación en el informe que acompaña al expediente administrativo, reconoce que el mismo debe ser del 8% en lugar

del 18% establecido en el apartado C) 3.1.2 del Anexo I del modelo de pliego de cláusulas administrativas particulares.

Sexto. Por otro lado, respecto a la solicitud realizada por la recurrente y aceptada por el órgano de contratación de suprimir o eliminar el tercer párrafo del punto F) 6.1.A) b) del Anexo I del pliego, citado anteriormente, si bien se admite por este Tribunal, es necesario, a mayor abundamiento, añadir que la exigencia contenida en el mismo de que las empresas licitadoras tengan *“ubicada la planta de gestión de residuos en la Comunidad de Madrid”*, a pesar de que se utiliza como criterio de aptitud, en cuanto que se incluye en el apartado del pliego relativo a la *“Documentación acreditativa de la solvencia ...”*, no puede ser considerada como criterio de aptitud para contratar con el sector público.

A estos efectos se debe traer a colación el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 9/09, de 31 de marzo, asumido por este Tribunal, según el cual *“2. Nos referiremos en primer lugar a la utilización como criterio de aptitud del requisito de que las empresas sean originarias o tengan su domicilio en un determinado punto geográfico, porque desde el punto de vista lógico es previo a su tratamiento como criterio de adjudicación. En este sentido debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que el artículo 43.1 de la Ley de Contratos del Sector Público establece que “sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en una prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas”. Este precepto que en principio parece tener un carácter restrictivo, puesto que comienza diciendo “sólo podrán contratar...”, pone de manifiesto, a su vez, cuáles son los requisitos máximos que pueden exigirse desde el punto de vista de la aptitud para que las empresas puedan licitar. Sólo pueden licitar las que cumplan los requisitos de este artículo, pero, al mismo tiempo, todas las que los cumplan pueden hacerlo. Esto significa que los requisitos que tal artículo exige son a su vez mínimos y máximos, toda vez que fuera de ellos la Ley no prevé la posibilidad de exigir otros diferentes. En su consecuencia, los requisitos que deben cumplir los licitadores se restringen a tener capacidad de obrar, no estar incurso en prohibición de contratar, y acreditar solvencia*

financiera, económica, profesional y técnica a través de la clasificación cuando sea exigible o a través de los medios expresamente previstos en la Ley a este efecto. De modo muy especial, y por ello lo tratamos independientemente de los requisitos mencionados en el párrafo anterior, interesa indicar que la ley dice que podrán contratar con el sector público “las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras”, lo cual extiende la prohibición de excluir por razón del territorio de origen de la empresa, no sólo al territorio nacional, sino a cualquier otro país, pues ni siquiera por razón de la nacionalidad pueden quedar excluidas de la contratación. Por otra parte esta argumentación es la única acorde con el sentido de las sucesivas Directivas Comunitarias que en materia de contratación han aprobado los órganos de la Unión Europea, de modo muy especial la 2004/18/CE que ya como una exigencia del establecimiento del mercado único sienta como principio básico de la contratación pública, la libertad de acceso a la contratación para todas las empresas de los Estados Miembros y, en consecuencia, la no discriminación por razón del origen entre ellas. Nuestra propia Ley de Contratos del Sector Público de modo expreso consagra estos principios en el artículo 1 al disponer que “La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos...”. “

De acuerdo con lo anterior, y visto el objeto del contrato, gestión de residuos no valorizables, el exigir a los licitadores en el procedimiento que tengan una planta de gestión de residuos ubicada en la Comunidad de Madrid supondría una discriminación por razón de la ubicación geográfica y sería incompatible con los principios de igualdad de trato y concurrencia recogidos en la Ley de Contratos del Sector Público.

Séptimo. Procede examinar a continuación las alegaciones realizadas por CESPA GESTIÓN DE RESIDUOS, SA, respecto al recurso interpuesto por INTERLUN, SL. Así, en primer lugar, afirma que el recurso ha sido interpuesto fuera de plazo, señalando que *“Tal como se puede constatar en dicho expediente administrativo, y en el propio perfil del contratante, el citado pliego fue publicado en la Plataforma de Contratación del Estado en fecha 4 de noviembre de 2010”*. A este respecto debe reseñarse que, de acuerdo con la información que consta en el expediente administrativo, los pliegos tanto de cláusulas

como de prescripciones técnicas se publican en la Plataforma de Contratación del Estado el 5 de noviembre de 2010, si bien los primeros incluyen únicamente el Anexo I, el cual es objeto del recurso. Posteriormente, el 10 de diciembre, se vuelven a publicar los pliegos ya íntegros, incluyéndose en el de cláusulas administrativas particulares los 3 Anexos (I, II y III) que deben acompañar al mismo.

Realizada la matización anterior, la cuestión que se suscita aquí es la de determinar el momento a partir del cual debe computarse el plazo establecido en el artículo 314.2 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público para la interposición del recurso especial en materia de contratación, según el cual éste será de *“quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado”*, añadiendo en su apartado a) que *“cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 142 de esta Ley”*. Así, de acuerdo con el citado artículo 142 habrá que distinguir si el acceso a los pliegos e información complementaria se realiza por medios electrónicos, informáticos y telemáticos, o si por el contrario no se facilita el acceso por dichos medios. Para el expediente de referencia, dicho acceso se facilita por medios electrónicos, ya sea a través del perfil del contratante o de la Plataforma de Contratación del Estado, los cuales permiten el acceso a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas.

No obstante lo anterior, para poder computar el plazo de 15 días hábiles señalado en el artículo 314.2 de la Ley 30/2007 para la interposición del recurso especial, es necesario que se acredite fehacientemente el momento de recepción o de puesta a disposición de los pliegos a los licitadores o candidatos.

Octavo. En el expediente administrativo remitido a este Tribunal, no consta que el órgano de contratación haya remitido copia íntegra del pliego al recurrente, ni que éste haya examinado su contenido en las dependencias del órgano de contratación. En consecuencia, resulta lógico afirmar, en cuanto que el recurso se interpuso con fecha 1 de diciembre de 2010, que el recurrente se dirigió al perfil del contratante del órgano de contratación o a la Plataforma de Contratación del Estado para su obtención, siendo en

ésta última donde consta fecha de publicación de los pliegos, primero el 5 de noviembre y posteriormente el 10 de diciembre.

Por lo que aquí interesa, la cuestión se centra en determinar si la fecha de publicación de los pliegos en la Plataforma de Contratación del Estado (05/10/2010), con carácter previo al anuncio de licitación publicado en el Boletín Oficial del Estado (27/10/2010), puede ser tomada en cuenta a los efectos de determinar el inicio del cómputo del plazo de 15 días previsto en la Ley 30/2007 para la interposición del recurso especial, por entender que los pliegos han sido puestos a disposición de los licitadores en esa fecha. A este respecto, resulta claro que dicha fecha no puede considerarse, dado que en la medida que los pliegos constituyen los documentos que contienen las condiciones jurídicas, económicas y técnicas a las que ha de ajustarse la licitación, adjudicación y ejecución del contrato, es decir, contemplan los diferentes aspectos que van a regir el contrato, y su vigencia vendrá determinada, precisamente por el anuncio de licitación, hasta que el mismo no se publique de acuerdo con lo previsto al respecto en la Ley de Contratos del Sector Público – para este caso concreto en el perfil del contratante, Boletín Oficial del Estado y Diario Oficial de la Unión Europea, según establece el artículo 126 de la citada Ley-, dichos pliegos carecen de eficacia jurídica y no procede recurso especial en materia de contratación. Por tanto, la fecha de publicación de los pliegos, ya sea en el perfil del contratante o en la Plataforma de Contratación del Estado, para el expediente de referencia, no pueden utilizarse como fecha de cómputo para la interposición del recurso contra los pliegos.

En consecuencia, debe entenderse que el recurso interpuesto por INTERLUN, SL lo ha sido en plazo, pues aún el en caso restrictivo de computar el plazo para interponer el recurso contra los pliegos a partir de la fecha del anuncio de licitación en el Boletín Oficial del Estado, el 27 de noviembre de 2010, dado que el recurso se ha interpuesto el 1 de diciembre del mismo año, no han transcurrido los 15 días hábiles establecidos en el artículo 314 de la Ley de Contratos del Sector Público para su interposición.

Noveno. Sentado lo anterior, cabría plantearse la fecha de inicio del cómputo del plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación, cuando el acto recurrido sean los pliegos y su puesta a disposición haya tenido lugar por medios electrónicos, informáticos y telemáticos, ya sea a través del perfil del contratante o de la

Plataforma de Contratación del Estado. A este respecto, éste Tribunal entiende que razones de seguridad jurídica aconsejan computar dicho plazo a partir de la fecha límite de presentación de las proposiciones, en cuanto que la Ley 30/2007 en el artículo 314.2 letra a), cuando señala que el cómputo para la interposición del recurso será a partir del día siguiente a que los pliegos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos, lo hace por referencia al artículo 142 de la citada Ley, en el cual se contemplan supuestos de notificación para cuando no se haya facilitado el acceso a los pliegos por medios electrónicos, informáticos y telemáticos.

La notificación de los pliegos a los licitadores o candidatos, o puesta a disposición de los mismos cuando ésta se realice a través de medios electrónicos, informáticos y telemáticos, es obligada por estar así dispuesto en los artículos 314 y 142 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, si bien en éste último mediante referencia negativa a dichos medios electrónicos, y por ser un acto administrativo que afecta a los derechos e intereses de los licitadores o candidatos conforme indica el artículo 58.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Sin embargo, ante la imposibilidad de poder acreditar de forma fehaciente el momento a partir del cual los licitadores o candidatos han obtenido los pliegos cuando a éstos se acceda por medios electrónicos, la única solución, entiende este Tribunal, es considerar como fecha a partir de la cuál comienza a computarse el plazo para recurrir los pliegos el día hábil siguiente a la fecha límite de presentación de las proposiciones, momento a partir del cual ya no podrá alegarse desconocimiento del contenido de los pliegos, sin perjuicio de que el citado recurso contra los pliegos se haya podido interponer con anterioridad a esa fecha, como consecuencia de que se haya podido acceder a los pliegos publicados en fecha evidentemente anterior a la fecha límite de presentación de las proposiciones, ya sea en la Plataforma de Contratación del Estado o en el perfil del contratante del órgano de contratación, si bien siempre en un momento posterior a la convocatoria de la licitación de conformidad con lo previsto al respecto en la Ley de Contratos del Sector Público.

A mayor abundamiento, el propio principio de concurrencia consagrado en la legislación de contratos hace necesaria dicha interpretación, en cuanto que una interpretación excesivamente estricta de los plazos de cómputo para la interposición del recurso, en este supuesto contra los pliegos, resultaría contraria al mismo, sobre todo si tenemos en

cuenta que la finalidad de la publicidad, en este caso de los pliegos a través del perfil del contratante y de la Plataforma de Contratación del Estado, lo que persigue es dar a conocer a posibles licitadores las condiciones que van a regir un determinado contrato y así promover la máxima concurrencia en la licitación, existiendo la posibilidad de recurrir los mismos si contienen cláusulas contrarias al ordenamiento jurídico.

Décimo. En segundo lugar CESPA alega que las afirmaciones de la recurrente carecen de fundamento jurídico, en cuanto que se limita a manifestar que los pliegos vulneran, tanto los principios fundamentales del derecho, como la Ley 30/1992, así como la Ley 30/2007.

A este respecto debe significarse que la recurrente, además de señalar las afirmaciones realizadas por CESPA, se refiere a la vulneración del principio de libre competencia, el cual es un principio general de la contratación pública que se recoge en el artículo 1 de la Ley 30/2007, citando asimismo diversos artículos de la legislación aplicable en materia de residuos para así poner de manifiesto que los residuos objeto del contrato no son valorizables. De acuerdo con ello, y visto que efectivamente los pliegos de cláusulas administrativas particulares, incumplen el principio de libre competencia no cabe admitir las alegaciones realizadas al respecto por CESPA.

Undécimo. Finalmente CESPA alega, por un lado, que dentro de los residuos a gestionar se incluyen residuos valorizables, y por otro, que la Administración goza de discrecionalidad a los efectos de establecer aquellos requisitos que considere más convenientes -en este caso exigir que los licitadores dispongan de una planta de gestión de residuos en la Comunidad de Madrid - y así elegir al mejor potencial contratista y la oferta más ventajosa, citando diversas sentencias del Tribunal Supremo.

En relación a las afirmaciones anteriores, en primer lugar cabe señalar que el propio órgano de contratación en su informe remitido a este Tribunal, y firmado por la Coordinadora General de Laboratorios del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, reconoce expresamente que los residuos objeto del contrato no van a ser valorizados y que no puede exigirse la ubicación de una planta de gestión de residuos en la Comunidad de Madrid, confirmando que el párrafo del punto F) 6.1.A) b) del Anexo I

del modelo de pliegos de cláusulas administrativas particulares que contiene esa exigencia debe de eliminarse.

Por otro lado, en cuanto a la alegación que realiza respecto de la discrecionalidad de la Administración para concretar los requisitos mínimos de los licitadores, nada ha de discutirse siempre que no sea contraria al ordenamiento jurídico, circunstancia ésta que como hemos visto anteriormente no se cumple para el expediente de referencia.

Duodécimo. Por lo anteriormente expuesto, este Tribunal debe aceptar los razonamientos de la recurrente y estimar el recurso, declarándose nulos el apartado C) 3.1.2 y el párrafo tercero del apartado F) 6.1.A) b) del Anexo I del modelo de pliego de cláusulas administrativas particulares por las razones anteriormente indicadas, anulándose, en consecuencia, el procedimiento de licitación.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Estimar el recurso interpuesto por Don M. C. M. en representación de INTERLUN, SL contra el Anexo I del modelo de pliego de cláusulas administrativas particulares, para la contratación de servicios a adjudicar por el procedimiento abierto, que ha de regir el contrato para la prestación del servicio de gestión de determinados residuos tanto peligrosos como no peligrosos generados en el Laboratorio Céntral de Veterinaria del Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino de Algete, declarándose nulos el apartado C) 3.1.2 y el párrafo tercero del apartado F) 6.1.A) b) del Anexo I del modelo de pliego de cláusulas administrativas particulares por las razones indicadas en los fundamentos del derecho, anulándose, en consecuencia, el procedimiento de licitación y debiendo procederse a efectuar una nueva licitación, en la cual se corrijan los defectos que afectan al Anexo I del modelo de pliego de cláusulas administrativas particulares, para así proceder a la realización del objeto del contrato.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 317.5 de la Ley.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.